



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito
Monografia

THAYS NUNES SILVA

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO: uma análise à luz dos
Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível**

Brasília

2014

THAYS NUNES SILVA

AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO: uma análise à luz dos
Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB, para
conclusão do Curso de Graduação na
área de Direito.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

Brasília

2014

THAYS NUNES SILVA

AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO: uma análise à luz dos
Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
pré-requisito para obtenção de certificado
de conclusão do Curso de Graduação na
área de Direito.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

Brasília, 29 de outubro de 2014.

Banca Examinadora

Prof. André Pires Gontijo
Orientador

Prof. Ivan Claudio Pereira Borges
Examinador

Prof.^a. Ana Flavia Penna Velloso
Examinadora

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a Deus que sempre guiou os meus caminhos e durante toda essa jornada, além de me conceder a oportunidade de estar vivendo essa experiência e crescer profissionalmente e inclusive como pessoa.

Agradeço e dedico aos meus amados pais, Maria Alzemira e João Batista, minha irmã, Juliana, e meu namorado, José Alberto, que com muito carinho e dedicação sempre me incentivaram e apoiaram, e também me mostraram os verdadeiros significados das palavras “família” e “amor”. Dessa forma, não poderia deixar também de *agradecer* meus avós, Alzira, Argemiro e Maria das Mercês (*in memoriam*), que desde a minha infância sonharam um futuro brilhante para mim e todos seus netos e filhos, e sempre lutaram com muita garra para dar uma vida melhor para toda a sua família e nos ensinaram a importância dos estudos e buscar sempre um futuro melhor.

Agradeço ao meu professor orientador, André Pires Gontijo, que com paciência e competência auxiliou neste trabalho. Desde o início, com muito conhecimento, me guiou na escolha do tema e em seu desenvolvimento, e mesmo quando estava com a agenda cheia, sempre esteve disposto a me ajudar. É um prazer tê-lo como orientador!

Agradeço a professora e coordenadora do curso de Farmácia da Universidade de Brasília, Dra. Margô Gomes de Oliveira Karnikowski, pelo apoio, compreensão e amizade, e por ter me apresentado o projeto de integração e saúde dos idosos. A senhora é uma batalhadora e está fazendo um trabalho incrível para ajudar esse público que é, infelizmente, muitas vezes esquecido pelo Estado e pela própria sociedade.

Agradeço também as irmãs coordenadoras do centro de convivência de idosos, Luísa de Marillac, em Ceilândia - DF, que me receberam de braços abertos. A história da associação é incrível e inspiradora, e as irmãs mostraram a tamanha dedicação e o amor que possuem com esse projeto, acolhendo os idosos e os levando felicidade e esperança.

E aos meus amigos e a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização desse sonho.

Obrigada!

“O que mata um jardim não é mesmo alguma ausência nem o abandono...O que mata um jardim é esse olhar vazio de quem por eles passa indiferente”.

Mario Quintana, “Jardim Interior”.

RESUMO

A discussão do tema sobre o envelhecimento é de suma importância, tanto no Brasil como no mundo inteiro, pois está havendo uma alteração na pirâmide etária na medida em que a população está envelhecendo. Assim é de suma importância uma tutela maior por parte do Estado para esse grupo mais vulnerável por suas limitações físicas e psíquicas, não é atoa que com a Constituição Federal de 1988 houve um grande avanço em diversas áreas, em especial no que tange o direito do idoso. Claro que os idosos possuem um rol de direitos explícitos e implícitos tanto na Carta Magna como nas diversas políticas públicas que surgiram posteriormente, como o Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso, porém não basta somente prever tais direitos, é necessário criar meios para alcançá-los. Outra discussão é sobre a questão orçamentária limitada, assim, como efetivar os direitos fundamentais e sociais dos idosos em face à reserva do possível? E o mínimo existencial? Para a solução desses diversos questionamentos, este trabalho buscou através de diversas bibliografias e entendimentos jurisprudenciais, a possibilidade de ponderação na análise dos casos em concreto quando envolver reserva do possível e mínimo existencial, a fim de garantir a maior eficácia dos direitos desse público que é tantas vezes esquecido pelo Estado e pela própria sociedade.

Palavras-Chave: Constitucional, envelhecimento, direitos fundamentais, direitos sociais, políticas públicas, Idoso, mínimo existencial, reserva do possível.

ABSTRACT

The issue of aging is extremely important, both in Brazil and worldwide, because there is a change in the age structure in population that is aging. So it is the importance of greater guardianship of the State for this most vulnerable group for their physical and psychological limitations, therefore with the Federal Constitution of 1988 was a breakthrough in several areas, particularly regarding the right of elderly. With the Federal Constitution of 1988, great advances have emerged in several areas, especially to the right of the elderly. Clear enough, that older people have a laundry list of rights both explicit and implicit in the Federal Constitution and other public policies that emerged later as the Elderly Statute and the National Policy for the Elderly, but not enough to provide such rights, is very important that create ways to achieve them. Another discussion is about the limited budget, so how to enforce fundamental and social rights of the elderly in the face of reserve of possible? And what about the existential minimum? For the solution of these various questions, this study sought through various bibliographies and jurisprudential understanding about the possibility of weighting in the analysis of the cases specifically when it involves reserve of possible and existential minimum, in order to ensure maximum effectiveness of the rights of this group which is so often forgotten by the state and society.

Key words: Constitutional, Aging, fundamental rights, social rights, public policies, reserve of possible, Existential minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS DOS IDOSOS.....	10
1.1 Conceito de idoso.....	10
1.2 Definição Terminológica dos Direitos Fundamentais e Sociais	12
1.3 Da efetividade dos Direitos Fundamentais e Sociais.....	18
CAPÍTULO 2. RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	22
2.1 Reserva do Possível.....	22
2.2 Mínimo Existencial.....	29
2.3 Interação entre os princípios	33
CAPÍTULO 3. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO.....	36
3.1 Definição de Políticas Públicas e análise das questões orçamentárias do Governo.....	36
3.2 Das Políticas Públicas voltadas ao idoso	41
3.3 Envelhecimento ativo e os principais desafios.	46
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O tema sobre envelhecimento é um assunto muito interessante com possibilidade de análise sobre diversas vertentes de cunho político, social, econômico e jurídico, porém infelizmente não muito tratado na área acadêmica jurídica, mas que representa uma realidade a ser enfrentada pelas famílias, sociedade e pelo Estado.

O envelhecimento populacional é uma realidade no mundo inteiro e segundo dados obtidos pelos estudos da Organização Mundial de Saúde (OMS)¹, espera-se um crescimento de 223% no número de idosos no mundo inteiro no período entre 1970 e 2025. Diante disso, em face da crescente demanda de direitos constitucionais voltados aos idosos, ou seja, pessoas maiores de 60 anos, e da insuficiência do orçamento disponível pelo Governo para aplicar em políticas públicas voltadas ao idoso, vários desafios surgiram, estes que serão apresentados no Capítulo desta monografia, como por exemplo, a precariedade dos serviços básicos de assistência onde não há um investimento na sua qualidade.

Neste contexto, é inerente a responsabilidade do Estado diante as necessidades da população idosa, assim, incumbe-lhe a criação de políticas públicas para servirem como um alicerce aos direitos, contribuindo para a elaboração e implementação de estratégias na promoção de um envelhecimento ativo.

Porém, como efetivar essas políticas públicas voltadas ao idoso diante um orçamento tão limitado disponível? Como garantir os direitos constitucionais em meio a essa crescente demanda?

O orçamento governamental, de fato, é limitado, vemos diariamente diversas discussões nos jornais a respeito de como ser aplicado de maneira que beneficie o máximo possível da população. Ocorre que, como garantir a eficácia dos direitos fundamentais e sociais com um orçamento limitado? É uma questão essencial a ser discutida nesse trabalho.

Outro aspecto importante é que os gestores e formuladores de políticas

¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.8.

públicas conheçam as demandas da sociedade, no sentido de adequar a legislação à realidade dos idosos, bem como promover a sua aplicação de maneira mais efetiva, até porque há uma fragilidade na cultura política brasileira, pois:

“[...] resultado de práticas pouco democráticas, práticas estas que perduram até hoje. Romper com esta ideologia não é algo imediato, pois a ruptura implica em ações políticas concretas que envolvam reflexão, articulação, reivindicação e estabelecimento de novas estratégias”.²

O trabalho foi realizado com base em busca bibliográfica sobre o direito do idoso, bem como o entendimento de tribunais superiores sobre a questão do mínimo existencial e a reserva do possível.

O primeiro capítulo discorre sobre as questões essenciais dos direitos fundamentais e sociais, apresentando preliminarmente o conceito de idoso, para uma melhor compreensão do tema abordado, após uma definição terminológica dos Direitos Fundamentais e Sociais e da efetividade dos Direitos Fundamentais e Sociais, demonstrando como a Constituição Federal de 1988 teve um papel importante na evolução desses direitos. Traçada esta parte conceitual, o segundo capítulo versa sobre os princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível e a possibilidade de conciliação de ambos para efetiva prestação jurisdicional.

No terceiro capítulo, há uma abordagem acerca das principais políticas públicas voltadas ao idoso, com a definição de Políticas Públicas e análise das questões orçamentárias do Governo, para a reflexão sobre a possibilidade de um envelhecimento ativo, a partir do conhecimento dos principais desafios que se faz necessário enfrentar, tendo em vista as crescentes demandas da sociedade e os direitos garantidos constitucionalmente, aferindo como o Estado tem feito essa ponderação e qual a melhor maneira de atender a população idosa.

² MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Envelhecimento e políticas públicas: Conquistas e desafios*. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 08 set. 2013, p. 21.

CAPÍTULO 1- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS DOS IDOSOS

1.1 Conceito de Idoso

O processo de envelhecimento é uma realidade a ser enfrentada pelo Brasil, especialmente quanto à inversão da “pirâmide etária”, na medida em que as pessoas tem um aumento na longevidade, ou seja, vivem mais, mas em contrapartida, a taxa de natalidade declina³.

No período entre os anos 40 e 60, o Brasil teve uma declínio da mortalidade, mas manteve a natalidade em taxas bem altas, “produzindo, assim, uma população quase-estável jovem e com rápido crescimento”. No entanto, ao final da década de 60, houve uma redução da fecundidade que “desencadeou o processo de transição da estrutura etária, que levará, provavelmente, a uma nova população quase-estável, mas, desta vez, com um perfil envelhecido e ritmo de crescimento baixíssimo, talvez negativo”⁴.

O envelhecimento é um fenômeno mundial, e segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): “No mundo, em 1950, eram 204 milhões de idosos; em 1998, eram 579 milhões de idosos; e segundo projeções, em 2050, serão 1.900 milhões de idosos”⁵. E no Brasil também é notório esse aumento, no ano de 1940 era de 1,7 milhão e em 2000, de 14,5 milhões, e espera-se que em 2020 tenha 30,9 milhões de pessoas com mais de 60 anos⁶.

A velhice tem sido vista com conotações pejorativas de degeneração do corpo e organismo e até de doença, no entanto deveria ser visto de outra maneira, o

³ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, prefácio.

⁴ CARVALHO, José Alberto Magno de; RODRIGUEZ-WONG, Laura L.. *A transição da estrutura etária da população brasileira na primeira metade do século XXI*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v.24, n.3, Mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2014.

⁵ MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. I: Conquistas e desafios. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 08 set 2013, p.5.

⁶ CAMARANO, Ana Amélia. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-idosa/Livro%20Os%20novos%20Idosos%20Brasileiros%20-%20muito%20alem%20dos%2060.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

que a autora Pérola Melissa Braga coloca como, “uma marcha contínua de transformação do ser humano, que pode ser caracterizado também pelo dinamismo”⁷.

Cumpra transcrever a frase de Suzana Aparecida Rocha (*apud* Robson Renault Godinho), “a velhice parece que pode ser considerada uma vitória com sabor de fracasso. Todos querem viver muito, ninguém quer ser velho”⁸.

E quem é o idoso? Como leciona Noberto Bobbio (*apud* Pérola Melissa Braga), o conceito legal de idoso possui três critérios básicos: cronológico, econômico-social e psicobiológico⁹.

O critério econômico-social é baseado na ideia de que “o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao autossuficiente”, como no artigo 3º, inciso V, do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2004), que estabeleceu indiretamente que as vagas nos asilos públicos seriam apenas de idosos carentes, “sem manutenção da própria sobrevivência”. O que por sua vez é um critério questionado por diversos juristas, pois levou em conta apenas o patamar socioeconômico do idoso¹⁰.

O critério psicobiológico realiza uma análise das condições psíquicas e fisiológica do indivíduo, é um critério extremamente subjetivo e de difícil adoção, pois pode gerar uma insegurança enorme nas relações jurídicas¹¹.

Por sua vez, o critério cronológico, e mais utilizado por ser de fácil verificação, é definido por legislações, nesse sentido tanto o Estatuto do Idoso como a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/1994) definem a pessoa idosa como aquela que tem idade maior de 60 anos. Mas que também cabe críticas, pois segundo o autor, há uma grande diferença entre um idoso de 60 anos e outro de 100 anos para receberem o mesmo tratamento¹².

A Organização Mundial de Saúde (OMS) utiliza esse critério etário, porém o aplica de maneira diferenciada de acordo com o grau de avanço social do país,

⁷ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p.2.

⁸ GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso a justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.1.

⁹ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p.3.

¹⁰ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p.4-5.

¹¹ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p.4.

¹² BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p.4.

assim para países em desenvolvimento, é considerado idoso quem tem idade igual ou superior a 60 anos e já para países desenvolvidos é aquele que tem idade maior ou igual a 65 anos¹³.

Porém, tal critério etário acaba por assumir que pessoas de diferentes épocas e lugares são homogêneas, o que implica também a acrescentar os beneficiários de políticas públicas pessoas que não necessitem dela e excluir os que precisam. Para tanto, a autora Ana Amélia Camarano acrescenta que é importante conhecer as peculiaridades da população em análise¹⁴.

Desta maneira, frente a essa realidade mundial, tornou-se inevitável uma preocupação da sociedade e do Estado para a necessidade de proteção especial para essa faixa etária, em razão de suas limitações físicas e psíquicas¹⁵. Daí a importância não só do reconhecimento do direito do idoso, mas uma análise acerca dos direitos fundamentais e sociais e a importância da atuação do Estado a fim de garantir tais direitos, tema que será tratado nos tópicos seguintes.

1.2 Definição Terminológica dos Direitos Fundamentais e Sociais

Antes de adentrar na parte dos direitos fundamentais e sociais dos idosos, é importante apresentar a definição terminológica usada neste trabalho, no qual se baseia na questão da fundamentalidade dos direitos sociais, dessa forma será possível entender o que são e quais são os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Com relação aos Direitos Fundamentais e Sociais e sua extensa seara terminológica, é importante ressaltar que a definição usada nesta monografia é baseada nas lições de Ingo Sarlet (Baseado na lição de Robert Alexy e recepcionada pela doutrina de Gomes Canotilho) e Paulo Bonavides, que defendem

¹³ CAMARANO, Ana Amélia. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-idosa/Livro%20Os%20novos%20Idosos%20Brasileiros%20-%20muito%20alem%20dos%2060.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁴ CAMARANO, Ana Amélia. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-idosa/Livro%20Os%20novos%20Idosos%20Brasileiros%20-%20muito%20alem%20dos%2060.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁵ GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso a justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.10.

que os direitos sociais são genuinamente direitos fundamentais, justamente pela inclusão dos direitos sociais à categoria dos direitos fundamentais, expressa no Título II, “dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição Federal de 1988.

Sob esse contexto, faz-se necessário trazer a característica da “fundamentalidade” dos direitos sociais, pois proporciona a garantia de que tais direitos possam ser exigíveis como normas de conduta.

Assim, segundo Ingo Sarlet, a “fundamentalidade” dos direitos sociais é feita em duas categorias: a formal e material. A primeira delas, a formal, encontra respaldo no próprio texto da Carta Magna de 1988, previsto em seu artigo 60, caracterizando-os como cláusulas pétreas e por se submeterem ao regime de aplicabilidade imediata, segundo o artigo 5º, §1º, que prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”¹⁶.

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, ao prever a aplicabilidade imediata, refere-se no sentido de uma premissa de cunho principiológico, considerada como um mandado de maximização, para que os órgãos estatais reconheçam a maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Ademais, salienta Ingo Sarlet:

“Uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que a eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais”¹⁷.

Acrescenta Paulo Bonavides que “[...] os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60”¹⁸. Desta forma, em razão dos direitos sociais serem caracterizados como cláusulas pétreas, a lei ordinária ou emenda constitucional que de alguma forma violá-los, terão vícios de inconstitucionalidade,

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 270-271.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 565.

afim de que não haja sua supressão do texto constitucional¹⁹.

Já quanto a segunda categoria, a fundamentalidade material está relacionada aos direitos fundamentais que embora alguns não estejam previstos no texto Constitucional, representam um valor socialmente e para o Estado, no sentido em que visam garantir os direitos básicos da sociedade, discorre Ingo Sarlet:

“A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”²⁰.

Assim, a conceituação meramente formal, no sentido de apenas serem considerados direitos fundamentais aqueles que forem reconhecidos expressamente pela Carta Magna, para Ingo Sarlet, revela-se inadequada para o Brasil, já que esta prevê a existência de outros direitos fundamentais não expressos no texto constitucional, como no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que permite tal abertura e não representa um rol taxativo²¹.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²².

A junção de ambos os elementos formais e materiais dos direitos sociais se somam e demonstram, segundo Fabiana Kelbert, “um compromisso do legislador constituinte em construir uma sociedade um pouco mais equilibrada, dada as

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75.

²² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF:Senado, 1988.

gritantes diferenças sociais que sempre (e ainda hoje) permearam a sociedade brasileira”, na medida em que permite a aquisição de novos direitos fundamentais²³.

Uma colocação interessante sobre o tema é a de que um direito é fundamental não apenas pela sua relevância como bem jurídico tutelado, mas sua relevância para o constituinte e sua atribuição hierárquica normativa. Ingo Sarlet apresenta um exemplo prático dessa afirmação que é o direito a saúde, que é um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, mas não seria para a Constituição Espanhola de 1978, na medida em que à época “não foi assegurado o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais”²⁴.

Importante colacionar o conceito de Robert Alexy (*apud* Ingo Sarlet) de direitos fundamentais, que reafirma as ideias apresentadas neste tópico:

“Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade formal e material), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam-lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal”²⁵.

E quais são os direitos sociais? Segundo o artigo 6º da Carta Magna de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”²⁶.

A Constituição Federal de 1988, conforme a lição de Flávia Piovesan, além de prever quais sejam os direitos sociais em seu art. 6º, conforme dito anteriormente, ainda enunciou diversos programas, tarefas e diretrizes para que o Estado e para a sociedade tomarem como metas. Assim, a saúde, por exemplo, é um direito de todos e dever do Estado, e a própria Constituição disciplina que poderá haver uma intervenção da União nos Estados e Distrito Federal quando estes não investirem seu orçamento resultante de impostos estaduais na manutenção de

²³ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33-34.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76-77.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

²⁶ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

ações e serviços públicos de saúde (artigo 34, VII, “e”, CF)²⁷.

Interessante que o artigo 6º não apresenta um rol fechado, mas “meramente exemplificativo”, abrindo a possibilidade de novos direitos.²⁸ Um exemplo claro disso é a questão dos direitos dos idosos, no qual a proteção ao envelhecimento, prevista nos artigos 8º e 9º do Estatuto do idoso (Lei n. 10.741/2003), é tida como um direito social:

“Art. 8º. O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”.

“Art. 9º. É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”²⁹.

Mas o que seriam esses direitos sociais? Segundo José Afonso da Silva esses direitos tem um papel de assegurar melhores condições aos “mais fracos”, e busca igualizar situações desiguais:

“São prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”³⁰.

Outro conceito de direitos sociais interessante é o trazido por Elida Séguin, de que “são previsões essenciais, indispensáveis à consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e acesso à vida digna, e fundamentais para a

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

²⁸ SÉGUIN, Elida. *Direitos Sociais*. In: SÉGUIN, Elida (Org.) e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direitos sociais: Estudos à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Letra da Lei, 2010, p. 12.

²⁹ BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º de out de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2014.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: *estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

promoção da dignidade da pessoa humana dentro de um patamar mínimo”³¹.

Sabe-se que a Carta Magna de 1988, prevê expressamente em seu artigo 1º, inciso III, que o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro de aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico e não somente direitos fundamentais. Desta forma, esse princípio foi eleito pela Constituição como unificador dos direitos fundamentais e também dos demais direitos³².

Flávia Piovesan acrescenta que o princípio da dignidade da pessoa humana é “o ponto de partida e seu ponto de chegada” do ordenamento jurídico, na tarefa de interpretação normativa³³. Nesse sentido, esse caráter normativo desse princípio, “além de orientar o intérprete na aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico [...] exige que o Poder Público [...] crie as condições materiais necessária para o gozo dos direitos sociais”³⁴.

Importante acrescentar que os direitos sociais partem do pressuposto de que dependem de uma conduta ativa por parte do Estado, ou seja, através de políticas públicas, assumindo um papel de fornecedor de prestações³⁵. Desta maneira, conforme o conceito apresentado por José Afonso da Silva, como os direitos sociais buscam a igualização de situações desiguais, a verificação do resultado é importantíssimo para que assim se verifique o grau de fruição e a concretização na vida dos cidadãos³⁶.

Para concluir essa parte terminológica, cumpre colacionar um trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, julgada em 1993, que demonstra a evolução do Direito:

“É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas,

³¹ SÉGUIN, Elida. *Direitos Sociais*. In: SÉGUIN, Elida (Org.) e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direitos sociais: Estudos à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Letra da Lei, 2010, p. 12.

³² GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194.

³⁴ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.60-61.

³⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33-34.

³⁶ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. [...] O mundo evoluiu, e assim, também, o Direito”³⁷.

Diante o exposto, dada a importância dos direitos sociais tidos como genuinamente fundamentais, como já dito anteriormente, torna-se importante a análise quanto a efetividade desses direitos, porquanto não basta apenas prevê-los, é necessário uma concretização de maneira eficaz.

1.3 Da efetividade dos Direitos Fundamentais e Sociais.

Um grande desafio para o Estado e a sociedade, segundo o autor Ingo Sarlet, consiste em debater os direitos e a eficácia social (efetividade), pois é exatamente a falta de efetividade que se torna cada vez mais presente, no que diz respeito à crescente demanda visando a concretização do direito fundamental e social. Importante salientar que o termo em parênteses do referido autor é utilizado para afirmar que a eficácia é sinônima da efetividade no sentido da concretização do direito³⁸.

Miguel Reale reforça a ideia acima e afirma que o Direito não deve ser apenas declarado, como também reconhecido e vivido pela própria sociedade e coloca a eficácia como a aplicação ou execução de uma norma jurídica:

“A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade”³⁹.

Reforça Luís Roberto Barroso que a efetividade representa uma materialização no mundo dos fatos de preceitos legais, aproximando o dever-ser

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 939. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, 15 dez. 1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>>.

Acesso em: 10 jun. 2014.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.13.

³⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.112.

normativo e o ser da realidade social, fundando na ideia de Hans Kelsen:

“A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”⁴⁰.

Conforme apresentado anteriormente, os direitos fundamentais e sociais exigem uma conduta ativa por parte do Estado, exigindo a sua prestação material, nesse sentido afirma Andreas Krell:

“Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme às circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”⁴¹.

No entanto entende-se que o problema na falta de eficácia dos direitos fundamentais sociais não é pela ausência de leis ordinárias, mas sim pela falha nas prestações eficazes dos serviços sociais básicos pelo Estado. No qual há uma deficiência na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, além da própria organização dos gastos nos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁴².

O autor Luciano Timm traz importantes considerações a respeito da

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. São Paulo: Renovar, 2002, p.236.

⁴¹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002, p.20.

⁴² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002, p.32.

importância do planejamento do gasto público no orçamento estatal, baseando-se na perspectiva da economia:

“A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar “trágicas”, mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa”⁴³.

Sérgio Assoni Filho (apud Alessandra Gotti) acrescenta que as leis orçamentárias, seriam como “espelhos refletores” das escolhas políticas em relação aos gastos públicos, “pois nelas ganham efetividade as determinações de *quanto* e *onde* serão investidos os recursos financeiros estatais existentes e à disposição dos gestores, para implementação das políticas públicas selecionadas”⁴⁴.

Assim, somente através de um planejamento que envolva as áreas da administração, economia, contabilidade poderá gerar a eficiência no manejo dos recursos públicos. Desta forma atingirá o maior número de pessoas possível com o um mesmo recurso proveniente de tributação⁴⁵.

Outro ponto importante é observar as próprias limitações de recursos públicos, tendo em vista a sua escassez. Assim o Estado deve verificar no que aplicar, sem que prejudique os demais setores. Ricardo Lima salienta que apesar de haver essa escassez não pode o Estado se eximir de suas obrigações, assim ele não pode usar o princípio da reserva do possível para não garantir os direitos fundamentais e sociais⁴⁶.

Assim, é importante perceber que o Estado tem um papel importantíssimo na promoção dos direitos sociais e fundamentais, mas que para isso é necessário

⁴³ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: Uma perspectiva de direito economia?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.54.

⁴⁴ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.222.

⁴⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 66-67.

⁴⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/425/897>>. Acesso em: 10 nov. 2013, p.16.

uma “racionalização” no uso dos recursos disponíveis. Ainda no estudo de Timm, o autor acredita que por vivemos em um sistema capitalista e monetizado, “tudo tem seu preço”, assim:

“[...] A realização de direitos sociais (como quaisquer outros) – via serviços públicos e políticas assistenciais – tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos e de contribuições sociais (doravante nos referiremos basicamente a expressão tributos para compreender estas duas modalidades de exação fiscal porque sua eventual distinção técnica não afeta os argumentos)”⁴⁷.

Deve-se também observar que ao utilizar um critério de aplicação orçamentária para atender uma parte da sociedade, não deve deixar a parte restante desprotegida, deve ponderar.

Assim, o modelo “ideal” a ser adotado no Brasil é àquele que entenda os critérios racionais, tendo em vista que os direitos fundamentais e sociais não são um poder individualista “mas uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços disponibilizados pelo Poder Público”⁴⁸.

Sob esse contexto que se faz importante o estudo conceitual dos princípios abordados neste trabalho, o da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, a serem tratados no capítulo seguinte.

⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: Uma perspectiva de direito economia?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

⁴⁸ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/425/897>>. Acesso em: 10 nov. 2013, p.14.

CAPÍTULO 2- RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1 Reserva do Possível

O princípio da Reserva do Possível surgiu com o controle de constitucionalidade da Alemanha, o BVerfGE⁴⁹ 33, 303, *Numerus Clausus*, em um contexto pós-guerra, em 1972, no qual o número de estudantes universitários para o curso de medicina era alto porém as vagas nas universidades não atendiam tal demanda, assim tornou-se necessário a intervenção da justiça alemã, que determinou que a admissão seria limitada pelo orçamento e estrutura⁵⁰.

Tal restrição foi questionada perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual foi alegado ofensa ao artigo 12, inciso I, da Lei Fundamental alemã, que trata da liberdade profissional e dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”⁵¹.

Desta maneira, limitação ao acesso às universidades seria uma restrição da formação profissional, logo feriria o direito fundamental à liberdade profissional. Não o bastante, tal limitação além de afetar a escolha do local de formação, também de certa forma iria influenciar a escolha da própria profissão, pois o candidato gostaria de se matricular no curso de medicina e não estaria tendo acesso⁵².

No entanto, o Tribunal Alemão entendeu que era possível restringir o acesso aos cursos de medicina, porque que os direitos sociais em questão “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”. E ainda afirmou que não seria possível atender todas as demandas dos indivíduos, pois, “há pleitos cuja

⁴⁹ BVerfGE é a abreviatura de “Bundesverfassungsgerichts” (Tribunal Constitucional Federal Alemão).

⁵⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico*. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012, p.53-54.

⁵¹ FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

⁵² FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

exigência não é razoável”⁵³. assim a decisão foi:

“Assim, um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:

(1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação, e quando

(2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação [...]”⁵⁴.

Interessante foi essa colocação, pois se entendeu que embora haja tal mandamento constitucional previsto no artigo 12, inciso I, da Lei Fundamental Alemã, este não obriga o Estado a prover a vaga do ensino superior a cada candidato, pois isto demandaria um investimento dispendioso na área de educação do ensino superior e “que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social”⁵⁵ e acrescentou ainda:

“[...] o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade [...]”⁵⁶.

Da análise do caso, Ingo Sarlet afirmou que a Corte Alemã entendeu que

⁵³ OLIVEIRA, Mario Marrathma Lopes de. Teoria da Reserva do Possível. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13234>. Acesso em 23 nov. 2014.

⁵⁴ FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

⁵⁵ FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

⁵⁶ FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

“a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição”⁵⁷, pois deveria se manter dentro os limites do razoável.

Desta forma, Jürgen Schwabe (*apud* Christiane Falsarella) afirma que a noção de Reserva do Possível seria uma limitação as pretensões dos indivíduos, com base em um critério de razoabilidade⁵⁸.

Mas o que seria esse critério da razoabilidade? Villas-Boas apresenta como um diálogo entre o ideal e o razoável, entre as diversas pretensões individuais e coletivas dentro da sociedade:

“Sob esse viés, a reserva do possível como razoabilidade de expectativas tem por propósito fomentar o constante diálogo entre o ideal e o razoável, entre a pretensão do indivíduo e a dos demais que estão em situação análoga na sociedade. A reserva do possível como razoabilidade de expectativas é, enfim, a enunciação de que decidir é um ato de responsabilidade individual e coletiva”⁵⁹.

Segundo o autor Mario Marrathma, o Brasil teria aderido à essa “construção dogmática”, porém de forma desvirtuada para fundamentar que a efetivação de um direito fundamental e social estaria limitada à existência de um orçamento público. Ou seja, na Alemanha, a Reserva do Possível era vista como “os anseios do cidadão que “bate à porta” do Judiciário estão limitados a um critério de razoabilidade, ainda que haja dinheiro nos cofres públicos”, enquanto que no Brasil utilizou-se um critério de disponibilidade⁶⁰.

É claro que, ao analisar as diferenças socioeconômicas da Alemanha e o Brasil é perceptível que não pode ser adaptado da mesma maneira, pois ao condicionar os recursos públicos a um critério de disponibilidade ao contexto brasileiro dado a importância dos direitos sociais, como cláusulas pétreas, seria um

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.287.

⁵⁸ FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

⁵⁹ VILLAS-BOAS, Eduardo da Silva. *Escassez, reserva do possível e razoabilidade de expectativas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,escassez-reserva-do-possivel-e-razoabilidade-de-expectativas,47850.html>>. Acesso em 24 nov. 2014.

⁶⁰ OLIVEIRA, Mario Marrathma Lopes de. Teoria da Reserva do Possível. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13234>. Acesso em 23 nov. 2014.

retrocesso⁶¹.

A Reserva do Possível está intimamente ligada a questão do “custo dos direitos”, tendo em vista os direitos fundamentais e a questão da insuficiência orçamentária para garanti-los, nesse sentido:

“Trata-se de matéria a ser não só alegada, mas também devidamente argumentada pelo Estado. Ademais, enquanto o argumento da “reserva” tem caráter excepcional, respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade, mais especificamente, no caso da última, quanto ao subpostulado da adequação”⁶².

A expressão reserva do Possível, segundo Ana Paula Barcellos, “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por eles supridas”⁶³.

Na lição de Lazari, há uma pontuação importante acerca do uso do princípio da reserva do possível, em especial, no que tange a sua existência, assim somente tem razão de ser quando se tratar de dois direitos de “igual ou aproximada valia” para que possa ser ponderado qual será realizado com maior prioridade, sob a pena de não realizar sequer um deles⁶⁴.

Felipe Fonte diferencia a reserva do possível sobre duas dimensões: jurídica e fática. No que tange a reserva do possível jurídica apresenta a ideia de que o Estado não pode violar os direitos orçamentários e administrativos para gerar uma efetividade dos direitos prestacionais, ainda que se tenha verba para tal⁶⁵.

E quanto a reserva do possível fática, tem-se a ideia da existência da limitação de recurso do Estado para atender as diversas demandas:

“A reserva do possível fática é a ausência de dinheiro nos

⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 52-53.

⁶² LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico*. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012, p.46.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.261.

⁶⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico*. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012, p.66.

⁶⁵ FONTE, Felipe Melo. *Políticas Públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.138-139.

cofres públicos para prestar os serviços e bens demandados. Em contexto de múltiplas necessidades sociais de recursos finitos e tributação constitucionalmente limitada, deflui claro que não será possível atendê-lo integralmente mediante prestações públicas”⁶⁶.

Por sua vez, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner entendem que ainda é possível haver uma terceira dimensão (tríplice) na teoria da reserva do possível, além da fática e jurídica, que apresenta a questão da razoabilidade da pretensão, que “envolve o problema da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”⁶⁷.

No entanto, Fonte adverte que ao condicionar a realização de direitos fundamentais e sociais, por exemplo, à existência do que ele chama de “caixas cheias” do Estado, seria o mesmo que não ter eficácia, reduzindo-a a zero. Nesse sentido completa:

“Reserva do possível não é presunção absoluta (ou mesmo relativa) da inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo de discricionariedade administrativa e/ou legislativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais”⁶⁸.

Conforme já assentado, ausência de recursos como um impeditivo para a efetividade dos direitos fundamentais e sociais requer uma comprovação por parte do Estado, aponta Sarlet, ou seja, “cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”⁶⁹.

A proporcionalidade, segundo Sarlet, é uma maneira de evitar os excessos e a insuficiência, o que significa uma proteção ao princípio da dignidade da

⁶⁶ FONTE, Felipe Melo. *Políticas Públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p.140-141.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30.

⁶⁸ FONTE, Felipe Melo. *Políticas Públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p.141.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.363-364.

pessoa humana⁷⁰.

E segundo o autor Humberto Ávila (*apud* Fabiana Kelbert), a proporcionalidade deve seguir três requisitos básicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, a adequação está relacionada ao meio utilizado pelo legislador ou Administração pública para alcançar um resultado, por sua vez a necessidade, seria um meio menos gravoso aos direitos, a fim de garantir um objetivo⁷¹.

E por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, significa que as vantagens obtidas tenham que ser maiores que a restrição de um direito fundamental e social. Assim, reforça Olsen (*apud* Fabiana Kelbert):

“A reserva do possível se relaciona de um lado com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional”⁷².

Nesse contexto, conforme aponta Ana Paula Barcellos, é importante que a escolha de onde será aplicado o orçamento deverá não somente seguir um critério “investir ou não investir”, como também de “investir mais ou menos”:

“A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: porque aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão na rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso saber também quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades”⁷³.

A discussão trazida nesta monografia visa apreciar a questão dos direitos

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 456.

⁷¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.91-92.

⁷² KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.92.

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.265.

fundamentais e sociais voltados aos idosos em relação aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, desta maneira, cumpre colacionar o julgado da ADI n. 3768, um exemplo prático sobre a reserva do possível não poder ser cláusula absoluta e gerar omissão quanto aos direitos fundamentais.

Em julgamento da ADI n. 3768, que tinha por objeto o artigo 39 da Lei n. 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, que prevê o transporte urbano gratuito aos maiores de 65 anos. Alegou a Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano que o referido estatuto contrariava o disposto nos artigos 30, V; 37, XXI; 175; 194; 195, § 5º; 203, I e; 230, *caput* e § 2º, todos da Constituição Federal, “uma vez que estaria a violar o arcabouço constitucional que protege o direito daqueles que prestam o serviço de transporte coletivo urbano por meio de permissão e de concessão”⁷⁴.

No entanto, prevaleceu o voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia que decidiu julgar improcedente o pedido formulado pela requerente e manteve a gratuidade do transporte coletivo urbano, declarando compatibilidade total do artigo 39 do Estatuto do Idoso com a Constituição Federal. Assim, confira-se abaixo um trecho da respeitável decisão:

“A argumentação trazida pela requerente quanto à doutrina da reserva do possível na efetivação dos direitos sociais parece perder relevo em face da precisão da regulamentação do dispositivo pelo constituinte originário - apto a gerar direito subjetivo ao idoso - e da reconhecida eficácia plena da norma constitucional apontada como violada.

[..] Nunca é demais lembrar que a norma que assegura a gratuidade do transporte coletivo urbano aos idosos foi positivada pelo Constituinte originário, e assim sendo, não guarda qualquer incompatibilidade com os demais preceitos constitucionais, também originariamente positivados, que protegem os direitos dos concessionários de serviços públicos e, também, a ordem econômica. Tal constatação é a plena concretização do princípio da unidade da Constituição.

[...]

“Não há de se considerar, portanto, a existência de qualquer elemento ou norma jurídica nova, trazida pelo Estatuto do Idoso, que tenha sido capaz de gerar desequilíbrio nos contratos de concessão, uma vez que o direito em análise já

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3768. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, set. 2006. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/508762>. Acesso em: 26 set.2014.

está incorporado nos custos dos atos de outorga e, via de consequência, na fixação da política tarifária”⁷⁵.

Em suma, foi possível verificar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais está relacionada ao orçamento, e dessa maneira depende de escolhas ponderadas pelo Estado, tendo em vista a escassez dos recursos. Mas o que também não se pode deixar de levar em consideração é a existência de um mínimo necessário, o mínimo existencial, advindo do princípio da dignidade humana, tema que será tratado no tópico seguinte.

2.2 Mínimo Existencial

O princípio do mínimo existencial, assim como o da reserva do possível, também teve sua origem na constituição alemã, justamente porque os direitos sociais não estavam positivados no texto constitucional (Andreas Krell *apud* Luciane Moessa):

“[...] a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’”⁷⁶.

Conceitualmente, o Mínimo Existencial “entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe ao estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”⁷⁷. Em

⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3768. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, set. 2006. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/508762>. Acesso em: 26 set.2014.

⁷⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Reserva do possível X mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte - MG. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2007.

⁷⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico*. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino

outras palavras, representa a forma de tornar concreto o princípio da dignidade da pessoa humana, não se limitando apenas ao “mínimo vital”, e sim como uma maneira de garantir o “mínimo” para uma vida digna da existência humana, no sentido de vida saudável, este a partir do conceito de Sarlet⁷⁸.

O mínimo existencial envolve um conjunto de prestações mínimas que são necessárias para que o indivíduo tenha uma vida digna, e conforme Ana Paula de Barcellos deve-se incluir a educação fundamental, a saúde básica, a assistência social e inclusive o acesso à justiça, ou seja, somente uma parcela dos direitos fundamentais e sociais que estariam inclusos⁷⁹.

Dessa forma, esses quatro elementos, materiais e um instrumental, correspondem ao núcleo essencial do mínimo existencial, da dignidade humana, e que são dotados de exigibilidade, a fim de que haja sua prestação eficaz positiva. E segundo Barcellos, o mínimo existencial não deveria se sujeitar a cláusula da reserva do possível, justamente por ser essencial à dignidade da pessoa humana⁸⁰.

Nesse contexto, a expressão “mínimo existencial” pode ser identificada como “um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais em geral”⁸¹.

Para Antonio Carlos Wolkmer (*apud* Marcos Sampaio), o conceito de mínimo existencial está ligado a teoria das necessidades humanas, motivada pela privação, exclusão e carência, esta que é mais aparente em países tidos como periféricos, que é o caso do Brasil, carentes de direitos prestacionais “sem os quais não é possível viver como gente”⁸².

Ingo Sarlet afirma que o princípio do mínimo existencial possui duas dimensões: negativa e positiva. A dimensão negativa trata da proteção do mínimo contra intervenções estatais e de particulares, e a dimensão positiva, por sua vez,

“Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012, p. 70.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.93.

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.301.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.301-302.

⁸¹ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.224.

⁸² SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.225.

abrange os direitos a prestações⁸³.

Importante salientar, os direitos fundamentais e sociais “não se reduzem ao mínimo existencial”, ou seja, embora alguns direitos sociais estejam em contato com o mínimo existencial, que não se confundem. Entretanto o mínimo existencial “serve de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive de seu conteúdo exigível, fornecendo critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais”⁸⁴.

Um ponto interessante sobre a não oposição do princípio da reserva do possível sobre o mínimo existencial foi apontado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.107.511/RS, que analisava a insuficiência de recursos financeiros para o custeio das obrigações voltadas à saúde e de legitimidade do Município de Pelotas/RS⁸⁵.

O voto do relator Ministro Herman Benjamin trouxe questões importantes sobre a impossibilidade da cláusula da reserva do possível ser utilizada de maneira indiscriminada e a necessidade de observação do mínimo existencial. Salientou que “é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico, conforme premissa contida no art. 196 da Constituição Federal”, sendo assim o Sistema Único de Saúde deve ser financiado pelos entes públicos, sendo assim solidária a responsabilidade do município de Pelotas, tendo legitimidade “*ad causam*” para figurar no polo passivo de demanda⁸⁶.

Assim, colaciono partes do voto do Ministro Relator Herman Benjamin no referido AgRg:

“[...] A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 320.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 324.

⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1.107.511/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/relatorio-e-voto-24796829>>. Acesso em: 27 set.2014.

⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1.107.511/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/relatorio-e-voto-24796829>>. Acesso em: 27 set.2014.

pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

[...]

Ainda, considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 198, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que é solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.

O direito constitucional à saúde faculta ao cidadão obter de qualquer dos Estados da federação (ou Distrito Federal) os medicamentos de que necessite, sendo dispensável o chamamento ao processo dos demais entes públicos não demandados[...]⁸⁷

Esse julgado trouxe inclusive a ideia inicial de reserva do possível apresentada na Alemanha, enfatizando que esta é utilizada de maneira deturpada no Brasil, principalmente porque não foram assegurados a maioria dos cidadãos o mínimo existencial, assim somente após garantir esse mínimo para uma vida digna é que se poderá analisar em quais outros projetos deverá investir, conforme trecho:

“Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1.107.511/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/relatorio-e-voto-24796829>>. Acesso em: 27 set.2014.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado [...]⁸⁸.

Por fim, Thiago Breus (*apud* Scheid) “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”⁸⁹.

Observada a importância de ponderar sobre os princípios da reserva do possível e de assegurar princípio do mínimo existencial, é também essencial que haja uma interação entre os dois princípios.

2.3 Interação entre os princípios

Para que haja uma prestação constitucional efetiva, é importante a conciliação dos princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, esta é a afirmação do autor Rafael Lazari:

“Desta maneira, pensar os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial deve ser um pensar conjunto, dialógico. Nada é absoluto num Estado Democrático de Direito. Se mesmo a dignidade humana, denominador comum da força normativa da Constituição, é relativizável, destino diferente não deve dar ao Mínimo Existencial. Representa a Reserva do Possível, neste diapasão, o elemento relativizador do “mínimo”, desde que qualificado.

[...]

A defesa é – e sempre será – por uma “consciência constitucional” arraigada. É imprescindível que o povo, que se submete às políticas de um país, tenha noção da Lei

⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1.107.511/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/relatorio-e-voto-24796829>>. Acesso em: 27 set.2014.

⁸⁹ SCHEID, Cintia Maria. *A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário: o Mínimo existencial como parâmetro*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1720.pdf>. Acesso em: 25 nov.2014.

Fundamental que o norteia. Mais que isso, imprescindível é que a população participe deste movimento, e a forma aqui é defendida é, justamente, pela criação de critérios os mais objetivos possíveis. Só assim a democracia participativa encontrará seu verdadeiro ápice”⁹⁰.

Salienta Fabiana Kelbert que ainda não há um consenso por parte da doutrina quanto a possibilidade de restrição do mínimo existencial em face da reserva do possível, mas pode-se entender que esta não poderá ser alegada quando se tratar de vida e dignidade da pessoa humana⁹¹.

Porém, somente com um argumento tido como válido e de fato demonstrado pelo Estado que a houve uma ponderação entre princípios conflitantes, que atendeu os requisitos descritos na proporcionalidade e que preservou o mínimo necessário a dignidade humana para uma restrição de direitos sociais e fundamentais, é que poderá atuar o princípio da reserva do possível⁹².

E o que seria essa ponderação? Segundo Caliendo (*apud* Fabiana Kelbert) é um meio de avaliar a questão da escassez de recursos:

“A ponderação deve ser considerada o método primordial para garantir a adequada e justificada alocação de recursos finitos em uma sociedade democrática. Somente assim poderão existir justificativas legítimas que impunham que determinado bem deva ser protegido ou promovido em detrimento de outro. É certo que essas justificativas devam encontrar guarida em fundamentos constitucionais, bem como irão refletir escolhas valorativas da sociedade sobre a ponderação de valores que deverão prevalecer. A escassez de recursos deve ser entendida como um dos elementos na fundamentação, mas não o único, visto que a própria noção de escassez é construída”⁹³.

Segundo Souza, o Estado deve sempre visar a concretização dos direitos fundamentais e sociais, pois são indispensáveis para a dignidade humana, porém se

⁹⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico*. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012, p. 157.

⁹¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.105-106.

⁹² KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.106.

⁹³ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.100.

não for possível “em razão de ausência de recursos, invocando-se neste caso a Reserva do Possível, pelo menos o Mínimo Existencial de cada um desses direitos dever ser garantido, porque possui prioridade nas destinações orçamentárias”⁹⁴. E ainda complementa:

“Mesmo existindo a limitação orçamentária do Estado, não cabe à Administração, por meio do poder discricionário, fazer escolhas no tocante a concretizar ou não o mínimo existencial de determinado direito fundamental, uma vez que estes são considerados pilares da existência humana digna, razão pela qual não podem ser olvidados”⁹⁵.

Nessa senda, Barcellos acredita que é possível haver uma interação entre os dois princípios sem que haja um prejuízo em relação ao outro:

“Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”⁹⁶.

A partir desse contexto percebe-se a importância de haver uma ponderação por parte do Estado, pois deve avaliar a existência dos direitos fundamentais e a realidade de um orçamento limitado, então qual a melhor maneira de resolver tal conflito? Como dito anteriormente, deve haver um estudo para avaliar a questão das políticas públicas de maneira a torná-las as mais efetivas possíveis para atender a demanda da população.

⁹⁴ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621>. Acesso em 25 set. 2014.

⁹⁵ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621>. Acesso em 25 set. 2014.

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.246.

CAPÍTULO 3- AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO

3.1 Definição de Políticas Públicas e análise das questões orçamentárias do Governo

Conforme foi tratado no capítulo primeiro deste trabalho, os direitos fundamentais e sociais, segundo o artigo 5º, §1º, da Carta Magna, tem aplicação imediata, ou seja, possuem eficácia independente de regulação⁹⁷. No entanto, não se pode negar a existência de normas programáticas dentro da nossa Constituição, pois, segundo Sarlet, há normas em nosso sistema que “se restringem a estabelecer programas, finalidade e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa”⁹⁸.

Há normas em nosso sistema que independente da “*interpositio legislatoris*”, não conseguem alcançar efeitos plenos e outras que não necessitam de concretização para alcançar eficácia, estes já são imediatamente aplicáveis. Então o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal se trata de uma norma de cunho principiológico, a fim de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e sociais⁹⁹.

Daí a importância de tratar das políticas públicas, que são um instrumento importante na efetivação dos direitos fundamentais e sociais, pois exigem prestações por parte do Estado. Ademais, o objetivo das políticas públicas é justamente o de obter resultados sociais a que se propuseram em certo tempo e espaço¹⁰⁰.

Segundo Canela, o artigo 3º da Carta Magna de 1988 indica quatro verbos que estabelecem condutas proativas por parte do Estado¹⁰¹:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

⁹⁷ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 266.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 270.

¹⁰⁰ BUCCI, Maria de Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

¹⁰¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57.

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁰².

Assim, as políticas públicas “são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos do no art.3º da Constituição Federal” ¹⁰³.

Um conceito interessante de políticas públicas é o apresentado por Maria de Paula Bucci, que diz:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo e governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”¹⁰⁴.

Segundo Fonte, as políticas públicas possuem três elementos: orçamento público, planejamento público e discricionariedade administrativa. O orçamento é um elemento essencial à organização do poder público, e sua importância decorre de sua “vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, sobre recursos escassos”, ¹⁰⁵ e inclusive acrescenta o autor que:

¹⁰² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57.

¹⁰⁴ BUCCI, Maria de Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹⁰⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.65-70.

“O orçamento público, nas sociedades democráticas contemporâneas, é peça chave no desenho das políticas públicas, pois é por meio dele que se define o tamanho do Estado em cada momento histórico. Sem a devida previsão orçamentária, não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria antidemocrático, exatamente porque ausente a devida autorização popular”¹⁰⁶.

Outro elemento é o planejamento público, que é rotulado como “políticas públicas”, mas também “é um elemento que se encaixa nas engrenagens que movem a ação pública estatal”, pois sem a complementação dos demais elementos das políticas públicas, os planos perderiam sua relevância e até interesse. O planejamento é muito importante, pois permite a transparência e a racionalização da atividade administrativa¹⁰⁷.

O artigo 165, §1º, da Constituição Federal determina a elaboração do plano plurianual, este que estabelecerá “as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”, que será organizado por meio da Lei n. 12.919, a Lei de Diretrizes Orçamentárias¹⁰⁸.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias¹⁰⁹ (artigo 1º) estabelece “as metas e prioridades da administração pública federal; a estrutura e organização dos orçamentos; as diretrizes para a elaboração e execução dos orçamentos da União; as disposições para as transferências” e dentre outros, reforçando o artigo 165, §2º, da Constituição Federal:

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
[...]

§2º- A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as

¹⁰⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.70.

¹⁰⁷ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.72-73.

¹⁰⁸ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰⁹ BRASIL, Lei nº 12.919, de 24 de dez. de 2013. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”¹¹⁰.

E quanto ao terceiro elemento, a discricionariedade administrativa, sabe-se que como a natureza do orçamento público é autorizativa, o gestor poderá decidir sobre a aplicação dos recursos sem o controle de demais poderes, e segundo Fonte:

“No campo específico das políticas públicas a discricionariedade avulta como um fenômeno extremamente importante. Isto porque normalmente a definição dos instrumentos das políticas públicas estará sujeita à discricionariedade em sentido forte, cabendo ao administrador público optar por uma ampla gama de meio de ação. Além disso, consagrou-se no direito brasileiro o entendimento de que a realização de gasto público é uma opção discricionária do administrador, tudo em decorrência da natureza autorizativa do orçamento público”¹¹¹.

No entanto, é claro que o “poder discricionário” só poderia ser reconhecido como instrumento indispensável, somente se estiver com intuito de realização de fins constitucionalmente assegurados, como o da dignidade da pessoa humana¹¹².

No que tange ao envelhecimento, é importante a implementação de políticas públicas que atendam as necessidades dos idosos, mas isso tem sido um desafio, nesse sentido:

“A dificuldade das políticas públicas para acompanhar o rápido crescimento da população idosa, registrado no Brasil principalmente nesse início do século XXI, traz como consequência a distorção das responsabilidades sobre o idoso dependente, que acaba sendo assumida por seus familiares

¹¹⁰ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.72-73.

¹¹¹ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.79.

¹¹² FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Saraiva. 2013, p.78.

como um problema individual ou familiar, devido à ausência ou precariedade do suporte do Estado”¹¹³.

Assim, é importante a atuação do Estado na proteção dos direitos dos idosos, mas este por si só não é o bastante, é preciso que o “Estado, família e sociedade comunguem do princípio da solidariedade para com os idosos, de forma a atuarem sempre articulados para a valorização do idoso enquanto integrante do meio social”¹¹⁴. Não é atoa que a Constituição Federal ressalta em seu artigo 230 a presença dos três para garantir a efetividade do direito dos idosos:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”¹¹⁵.

Nesse ponto, o objetivo do legislador foi de responsabilizar desde o núcleo familiar, sociedade, até o Estado, no dever de amparar as pessoas maiores de sessenta anos. Assim, “pode-se inferir que se espera uma ação articulada de todos os setores sociais e políticos para a proteção do idoso”¹¹⁶.

Importante, analisar as principais Políticas Públicas voltadas a essa faixa etária que surgiram após a Constituição Federal de 1988, representando um grande avanço, como será apresentado no tópico seguinte.

¹¹³ SANTOS, Nayara Formiga dos; e SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. As políticas públicas voltadas aos idosos: melhoria da qualidade de vida ou reprivatização da velhice. Disponível em: <<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/130/97>>. Acesso em 20 set. 2014.

¹¹⁴ ARGOLO, Diêgo Edington; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. *Os direitos dos idosos no Brasil: uma investigação dos planos fático e legislativo*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13217&revista_caderno=27>. Acesso em set 2014.

¹¹⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹⁶ ARGOLO, Diêgo Edington; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. *Os direitos dos idosos no Brasil: uma investigação dos planos fático e legislativo*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13217&revista_caderno=27>. Acesso em set 2014.

3.2 Das Políticas Públicas voltadas para o idoso

O envelhecimento é um “triunfo” da sociedade do século XX, devido ao sucesso das políticas voltadas à saúde, porém muitos acreditam ser um problema, e de fato, só será um problema caso não sejam elaboradas políticas e programas que promovam um envelhecimento ativo, que integrem os direitos e necessidades das pessoas com idade superior a 60 anos. É essencial que “o reconhecimento do direito à vida, à dignidade e à longevidade deve ser objeto da agenda oficial dos governos”¹¹⁷.

Importante salientar que na questão das políticas públicas não é suficiente que apenas existam normas voltadas aos idosos, é importante que elas sejam exercidas por esse grupo etário, lição de Cláudia Miltzky e Florence Sih Sung:

“Não basta a simples existência de normas jurídicas. A questão é mais ampla, uma vez que os direitos devem ser efetivamente exercidos pelos idosos, e isto porque seu efetivo exercício é o elemento fundamental e imprescindível de inclusão do idoso na sociedade, ou seja, para que o idoso exerça um papel ativo na sociedade e para a sociedade trate o idoso com respeito e dignidade”¹¹⁸.

Após a Constituição Federal de 1988, diversas políticas públicas surgiram posteriormente, visando garantir os direitos dos idosos e obrigando o Estado em sua proteção, dentre elas destacam-se três principais: O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Portaria n. 2.528/2006 do Ministério da Saúde) e a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/1994).

O Estatuto do Idoso representou um grande avanço reafirmando os direitos dos idosos: à vida, à liberdade, alimentos, saúde, educação, saúde, cultura, esporte, lazer, previdência social, habilitação, transporte e outros. Dentre os quais se destacam, a obrigação dos familiares de proporcionar alimentos aos idosos; os

¹¹⁷ MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Envelhecimento e políticas públicas: Conquistas e desafios*. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 08 set. 2013, p.1.

¹¹⁸ MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Envelhecimento e políticas públicas: Conquistas e desafios*. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 08 set. 2013, p.2.

descontos de 50% (cinquenta por cento) nas atividades relacionados ao cunho cultural e esportivo; vedou a fixação da idade máxima para concursos públicos (com resguardas); garantia de transporte público gratuito para os maiores de 65 anos e a prioridade de tramitação em processos judiciais¹¹⁹.

O artigo 8º do Estatuto do Idoso reconheceu o envelhecimento como um direito personalíssimo, e por quanto, sua proteção um direito social, e o seu artigo 9º reforçou a obrigação do Estado de garantir ao idoso, proteção à saúde e vida, mediante políticas públicas, a fim de garantir um envelhecimento saudável e digno¹²⁰.

O direito à saúde do idoso é um assunto interessante, pois o Estatuto do Idoso ampliou a “resposta do Estado e da sociedade às necessidades da população idosa”, que antes a saúde era prevista de maneira geral na Constituição Federal, artigo 196, como um direito de todos e dever do Estado. Todavia, como no estatuto não havia uma previsão de meio de financiamento foi necessário a criação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa¹²¹.

“A finalidade primordial da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa é recuperar, manter e promover a autonomia e independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim, em consonância com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde”.

Importante, trazer a baila, a questão do Sistema único de Saúde - SUS, já que o artigo 15, §2º do Estatuto traz o direito a gratuidade de medicamentos para todos os idosos, porém muitas vezes não é a realidade encontrada e muitas ações são ajuizadas em busca do direito à saúde. Desta forma colaciono um julgado do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg REsp n. 1.136.549/RS, sobre o tema:

“ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER

¹¹⁹ MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. *Envelhecimento e políticas públicas: Conquistas e desafios*. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹²⁰ BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º de out de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹²¹ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64-65.

PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1136549 RS 2009/0076691-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010- grifo nosso)" ¹²².

Esse julgamento trouxe uma questão interessante sobre o funcionamento do SUS, sendo a responsabilidade seria solidária de todos os entes públicos, a fim de garantir o acesso à medicação para aqueles que não têm condições de arcá-los. Em um trecho do voto, o relator Ministro Humberto Martins apontou que a saúde, como um mínimo de dignidade humana, “não pode ser condicionada à conveniência política do administrador público” ¹²³ e complementa:

¹²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp n. 1.136.549/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Humberto Martins. Rio Grande do Sul, jun. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em: 27 nov.2014.

¹²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp n. 1.136.549/RS. Agravo Regimental em

“[...] Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional[...].”¹²⁴.

Outro ponto interessante é que a própria Política Nacional do Idoso (no artigo 10º), que é anterior ao Estatuto do Idoso, já trazia o direito à saúde, e o seu objetivo foi o de assegurar os direitos sociais dos idosos “(pessoas maiores de 60 anos de idade), criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. A Lei dispõe sobre os princípios, diretrizes, organização, ações governamentais e disposições gerais que deverão orientar a Política”¹²⁵.

Segundo Sérgio Santos e Maria Fernandes, a Política Nacional do Idoso é norteada por cinco princípios, o que demonstra a concepção de “Assistência Social” como política de direito, “o que implica não apenas a garantia de uma renda, mas também vínculos relacionais e de pertencimento que assegurem mínimos de proteção social, visando a participação, a emancipação, a construção da cidadania”¹²⁶, além de um novo conceito ao envelhecimento:

- “1. a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;
2. o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objetivo de conhecimento e informação para todos;
3. o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;

Recurso Especial. Relator: Min. Humberto Martins. Rio Grande do Sul, jun. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em: 27 nov.2014.

¹²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp n. 1.136.549/RS. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Humberto Martins. Rio Grande do Sul, jun. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em: 27 nov.2014.

¹²⁵ BRASIL, Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹²⁶ FERNANDES, Maria das Graças Melo; e SANTOS, Sérgio Ribeiro dos. *Políticas públicas e direitos do idoso: desafios da agenda social do brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/34/idoso_34.pdf>. Acesso em 28 set. 2014.

4. o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através dessa política;
5. as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral na aplicação dessa lei”¹²⁷.

Como dito anteriormente, o artigo 230 da Carta Magna, trouxe a responsabilização do Estado, família e da sociedade, porém o que muito tem ocorrido na prática, é a oficialização da “reprivatização do cuidado e o retorno à família da responsabilidade de cuidar de seus idosos”, conforme Santos¹²⁸.

Isto porque, com crescimento da população idosa, as políticas públicas tem dificuldade de acompanhar essa realidade, o que acaba por gerar uma “distorção das responsabilidades”, e são assumidas por seus familiares “como um problema individual ou familiar, devido à ausência, ou precariedade, do suporte do Estado”¹²⁹.

Salienta Campos (apud Eliotério Fachin) justamente essa questão, pois o idoso ao procurar serviços de saúde pública não encontra respaldo e acaba tendo que optar por planos de saúde privados, o que desloca a responsabilidade do Estado para a família e o próprio idoso:

“A maior insatisfação está relacionada com o difícil acesso de tipo "estrutural" na medida em que o idoso quando procura o serviço de saúde público e evidencia escassos leitos hospitalares, superlotação (consulta, exames auxiliares, etc.), tempo prolongado de espera. As barreiras no acesso ao sistema de saúde fazem que o idoso opte por planos de saúde pagos por eles (privado); com isso, a responsabilidade de proteção social em alguns casos desloca-se para o idoso e sua família”¹³⁰.

¹²⁷ FERNANDES, Maria das Graças Melo; e SANTOS, Sérgio Ribeiro dos. *Políticas públicas e direitos do idoso: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/34/idoso_34.pdf>. Acesso em 28 set. 2014.

¹²⁸ SANTOS, Nayara Formiga dos; e SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. As políticas públicas voltadas aos idosos: melhoria da qualidade de vida ou reprivatização da velhice. Disponível em: <<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/130/97>>. Acesso em 20 set. 2014.

¹²⁹ SANTOS, Nayara Formiga dos; e SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. As políticas públicas voltadas aos idosos: melhoria da qualidade de vida ou reprivatização da velhice. Disponível em: <<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/130/97>>. Acesso em 20 set. 2014.

¹³⁰ DIAS, Eliotério Fachin. *O Estatuto do Idoso e a judicialização do direito à saúde*. Teresina: Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20304>>. Acesso em: 28 set. 2014.

De forma mais específica foi possível ver que as políticas públicas são importantes aos idosos, mas que elas não sejam uma maneira de o Estado se isentar de suas obrigações, especialmente porque não foi essa a intenção do legislador no artigo 230 da Constituição Federal, mas sim, de que com a junção dos três sujeitos (Estado, Sociedade e família) haja uma maior efetividade dos direitos sociais e fundamentais voltados aos idosos.

Este tópico trouxe de maneira mais abstrata, o que está prevista em lei, mas é importante a análise dos principais desafios concretos enfrentados por esse grupo etário e o desenvolvimento da expressão “envelhecimento ativo”, tema que será apresentado no próximo tópico.

3.3 Envelhecimento ativo e os principais desafios

A Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou na Assembleia Mundial das Nações Unidas um projeto sobre o envelhecimento, em abril de 2002, na Espanha. O seu objetivo foi o de demonstrar a possibilidade de um envelhecimento ativo e saudável aos países. O termo “envelhecimento ativo” é definido como:

“O processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas. [...] A criança de ontem é o adulto de hoje e o avô ou avó de amanhã. A qualidade de vida que as pessoas terão quando avós depende não só dos riscos e oportunidades que experimentarem durante a vida, mas também da maneira como as gerações posteriores irão oferecer ajuda e apoio mútuos, quando necessário”¹³¹.

Conforme este projeto apresentado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que é importante que haja uma preocupação com um efetivo envelhecimento ativo, desta maneira, apresentou sete dos principais desafios encontrados e maneira de solucioná-los.

¹³¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.13.

O primeiro desafio diz respeito ao que o texto chama de “dupla carga”, no qual a população “ainda lutando contra doenças infecciosas, desnutrição e complicações puerperais, [...] enfrentam um rápido crescimento das doenças não transmissíveis (DNTs)”¹³², que se estipula um aumento de 78% até o ano de 2020. Essas DNTs dizem respeito àquelas que são um dos principais fatores de mortalidade ou invalidez na atualidade, como o próprio câncer, depressão e muitas outras.

A solução é, de fato, como apresentada pelo texto, a criação de políticas voltadas à promoção da saúde, prevenção e controle dessas doenças. Salienta ainda, a importância de pesquisas voltadas a área da saúde, já que há uma carência muito grande de investimento neste ramo, especialmente em países com menor desenvolvimento.

O segundo desafio é quanto ao aumento dos portadores de deficiências, em decorrência de doenças ou desgastes físicos pela própria idade já avançada. É ressaltado pelo texto que:

“Diversas pessoas desenvolvem alguma deficiência mais tarde, que se relaciona ao desgaste do processo de envelhecimento (por exemplo, artrite) ou ao início de uma doença crônica, que poderia ter sido evitada (ex: câncer de pulmão, diabetes e doença vascular periférica), ou uma doença degenerativa (ex: demência)”¹³³.

É importante assim, da mesma maneira que apresentada no primeiro desafio, a prevenção, por meio de diagnósticos e tratamentos. O projeto demonstra que a adoção de uma vida mais saudável também pode ser um meio importante, como a prática de atividades físicas, por exemplo. Outro meio apontado são políticas públicas que incentivem a participação de idosos na própria sociedade para se manterem ativos.

O terceiro tópico traz a importância de os apoios informais e formais

¹³² ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.33

¹³³ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.35

“caminharemos juntos”. Relativo ao “equilíbrio entre o apoio ao “autocuidado” (pessoas que cuidam de si mesmas), apoio informal (cuidado por familiares e amigos) e cuidado formal (serviço social e de saúde)”¹³⁴.

Para tanto, se faz necessário o acesso aos serviços sociais e a saúde, porém infelizmente, a realidade é dura, já que os idosos de áreas rurais e pobres não tem esse acesso. Até mesmo pelo constrangimento de procurar assistência, muitos idosos recorrem aos cuidados em suas próprias residências, mas isto possui um alto custo.

O quarto desafio, o que o texto chama de “feminização do envelhecimento”, que diz respeito a disparidade na taxa de mulheres idosas em relação a masculina, em razão da longevidade própria feminina. Esta vantagem aparente, na realidade pode ser um grande problema, pois segundo as pesquisas da Organização Mundial de Saúde (OMS), as mulheres são, ainda, as que mais sofrem discriminação quanto aos serviços básicos a sua subsistência e “tendem a ser mais pobres e a apresentar mais deficiência em idades mais avançadas”¹³⁵.

O quinto desafio diz respeito a “ética e iniquidades”, tratando da questão da discriminação pela idade ou gênero e da importância do respeito aos direitos fundamentais e humanos. Como o próprio texto traz neste tópico, em vários casos, os idosos são limitados a “participar em assuntos cívicos [...] condições são ainda piores para idosos que vivem em áreas rurais, em países em transição e em situações de conflito ou desastres”¹³⁶.

Assim, na idade senil têm-se um agravante de “outras desigualdades já pré-existentes [...]”¹³⁷. Assim, é importante, segundo o artigo que haja uma atenção

¹³⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.37

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.39.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.41.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.41.

maior por parte dos países quanto a disparidade entre ricos e pobres e como isto veem afetando a saúde mundial.

O sexto é quanto a necessidade de uma adaptação da sociedade, devido a realidade do envelhecimento da população. Porém devido a precariedade dos serviços básicos de assistência, como os hospitais, há um gasto maior do que se houvesse um investimento na qualidade.

Neste diapasão é abordado, ainda, a questão de gastos com idosos que não estarão ativos economicamente, mas que segundo o texto é uma “premissa falsa”, pois vários idosos tem se mantido ativos contribuindo informalmente e representam mais experiências dentro das empresas, “[...] capazes de atender às necessidades de seus consumidores mais velhos”¹³⁸.

O ultimo desafio apresentado é em relação a criação de uma nova visão mais “positiva” a respeito do envelhecimento. A solução apresentada é “educar os jovens sobre o envelhecimento e cuidar da manutenção dos direitos das pessoas mais velhas irão ajudar a reduzir e eliminar a discriminação e o abuso”¹³⁹.

Para concluir, pertinente a colocação de Bettinelli e Portella (*apud* Martins e outros) sobre a necessidade da sociedade promover o “avanço da luta pelos direitos dos idosos, dignidade do envelhecimento e pelo cumprimento das leis existentes”, através não só a denuncia do descumprimento de leis, mas também buscando a parceria com o Estado nos programas, projetos e ações voltadas aos idosos”¹⁴⁰. Nesse contexto:

“A realidade do envelhecimento populacional no país demonstra que não há outro caminho, senão o investimento articulado em programas de atenção aos idosos. A recomendação para os idosos, sujeitos desse processo, é que

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.43.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. *Desafios de uma população em processo de envelhecimento*. In: _____. Envelhecimento Ativo: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013, p.44.

¹⁴⁰ MARTINS, Josiane de Jesus; SCHIER, Jordelina; ERDMANN, Alacoque Lorenzini e ALBURQUERQUE, Gelson Luiz de. Políticas públicas de atenção à saúde do idoso: reflexão acerca da capacitação dos profissionais da saúde para o cuidado com o idoso. *Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.* Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2007. Disponível em <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232007000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 22 set. 2014.

se mantenham mobilizados na luta em prol dos seus direitos; que não esqueçam dos deveres a cumprir, sobretudo continuar dando o exemplo de luta e perseverança”¹⁴¹.

Para a concretização da solução desses desafios apresentados, faz-se necessária a presença do Estado para a aplicação efetiva das políticas públicas, afinal, envelhecer é processo natural inerente do ser humano. Devendo ser revisto a necessidade de avaliação das prioridades aplicáveis ao orçamento, será que a saúde do idoso não é um fator importante? De fato é, conforme demonstrado, então é essencial uma análise cautelosa na escolha da melhor maneira de aplicar os recursos disponíveis.

¹⁴¹ MARTINS, Josiane de Jesus; SCHIER, Jordelina; ERDMANN, Alacoque Lorenzini e ALBURQUERQUE, Gelson Luiz de. Políticas públicas de atenção à saúde do idoso: reflexão acerca da capacitação dos profissionais da saúde para o cuidado com o idoso. *Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.* Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2007. Disponível em <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232007000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 22 set. 2014.

CONCLUSÃO

Em razão da constatação de que a população idosa está cada vez maior e diante da necessidade de proteção especial para essa faixa etária, tanto por suas limitações físicas e psíquicas verificadas a partir da análise de aspectos sociais e biológicos que os tornam mais vulneráveis, verifica-se a importância de uma atenção maior das questões voltadas aos direitos sociais desse grupo, quais sejam: direito a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, e a assistência aos desamparados, na forma da Constituição Federal de 1988, assim não basta apenas o reconhecimento dos direitos dos idosos como direitos fundamentais e sociais, como também a atuação do Estado a fim de garantir tais direitos.

Assim, devido a insuficiência do orçamento disponível pelo Governo para aplicar em políticas públicas voltadas ao idoso, deve-se observar o princípio da Dignidade Humana, avaliando a possibilidade de um maior investimento orçamentário do Governo nesta área para que haja uma maior eficácia dos direitos fundamentais e sociais.

O conceito legal de idoso utilizado por Noberto Bobbio (*apud* Pérola Melissa Braga) possui três critérios básicos: cronológico, econômico-social e psicobiológico, onde o critério econômico-social é baseado na ideia de que “o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao autossuficiente”, O critério psicobiológico realiza uma análise das condições psíquicas e fisiológica do indivíduo, é um critério extremamente subjetivo Por sua vez, o critério cronológico, e mais utilizado por ser de fácil verificação, é definido por legislações, nesse sentido tanto o Estatuto do Idoso como a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/1994) definem a pessoa idosa como aquela que tem idade maior de 60 anos.

Este trabalho se baseou na questão da “fundamentalidade” dos direitos sociais, justamente pela inclusão dos direitos sociais à categoria dos direitos fundamentais, pois proporciona a garantia de que tais direitos possam ser exigíveis como normas de conduta, de aplicação imediata, dessa forma estão incluídos os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 e outros não previstos, pois o rol não é taxativo.

Os direitos citados não podem ser apenas previstos na lei, é necessário uma concretização de maneira eficaz. Assim o objetivo é garantir a efetividade desses direitos. Para tanto deve-se também observar que ao utilizar um critério de aplicação orçamentária para atender uma parte da sociedade, não deve deixar a parte restante desprotegida, deve ponderar. Neste diapasão, foi feita a análise dos princípios abordados neste trabalho, o da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

A Reserva do Possível está intimamente ligada a questão do “custo dos direitos”, tendo em vista os direitos fundamentais e a questão da insuficiência orçamentária para garanti-los. Em suma, foi possível verificar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais está relacionada ao orçamento, e dessa maneira depende de escolhas ponderadas pelo Estado, tendo em vista a escassez dos recursos. Mas o que também não se pode deixar de levar em consideração é a existência de um mínimo necessário, o mínimo existencial, advindo do princípio da dignidade humana.

Para Ingo Sarlet, o mínimo existencial serve de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive de seu conteúdo exigível, fornecendo critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais. Para Thiago Breus (*apud* Scheid) “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”.

A partir desse contexto percebe-se a importância de haver uma interação entre os dois princípios, através da ponderação, pois deve-se avaliar a existência dos direitos fundamentais e sociais face a realidade de um orçamento limitado. Assim deve haver uma avaliação da questão das políticas públicas de maneira a torná-las as mais efetivas possíveis para atender a demanda da população.

Após a Constituição Federal de 1988, diversas políticas públicas surgiram posteriormente, visando garantir os direitos dos idosos e obrigando o Estado em sua proteção, dentre elas destacam-se três principais: O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Portaria n. 2.528/2006 do Ministério da Saúde) e a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/1994).

Porém, é necessário responsabilizar desde o núcleo familiar, sociedade, até o Estado, no dever de amparar as pessoas maiores de sessenta anos. Assim, pode-se inferir que se espera uma ação articulada de todos os setores sociais e políticos para a proteção do idoso, pois com a junção dos três sujeitos (Estado, Sociedade e família) haverá maior efetividade dos direitos sociais e fundamentais voltados aos idosos.

Para concluir, é importante salientar que para atingir um envelhecimento ativo é preciso encarar os principais desafios, que conforme pertinente colocação de Bettinelli e Portella (*apud* Martins e outros), é necessário a sociedade promover o “avanço da luta pelos direitos dos idosos, dignidade do envelhecimento e pelo cumprimento das leis existentes”, através não só a denuncia do descumprimento de leis, mas também buscando a parceria com o Estado nos programas, projetos e ações voltadas aos idosos”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARGOLO, Diêgo Edington; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. **Os direitos dos idosos no Brasil: uma investigação dos planos fático e legislativo**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13217&revista_caderno=27>. Acesso em set 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. São Paulo: Renovar, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Lei nº 10.741, de 1º de out. de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____, Lei nº 12.919, de 24 de dez. de 2013. **Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI 939**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, 15 dez. 1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3768**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, set. 2006. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/508762>. Acesso em: 26 set. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg REsp 1.107.511/RS**. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/relatorio-e-voto-24796829>>. Acesso em: 27 set. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg REsp 1.136.549/RS**. Agravo Regimental em Recurso Especial. Relator: Min. Humberto Martins. Rio Grande do Sul, jun. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em: 27 set. 2014.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARANO, Ana Amélia. **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-idosa/Livro%20Os%20novos%20Idosos%20Brasileiros%20-%20muito%20alem%20dos%2060.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, José Alberto Magno de; RODRIGUEZ-WONG, Laura L.. **A transição da estrutura etária da população brasileira na primeira metade do século XXI**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v.24, n.3, Mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2014.

DIAS, Eliotério Fachin. **O Estatuto do Idoso e a judicialização do direito à saúde**. Teresina: Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20304>>. Acesso em: 28 set. 2014.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em:

<http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

FERNANDES, Maria das Graças Melo; e SANTOS, Sérgio Ribeiro dos. **Políticas públicas e direitos do idoso**: desafios da agenda social do brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/34/idoso_34.pdf>. Acesso em 28 set. 2014.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**: Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso a justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. Dissertação de Mestrado- Centro universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/425/897>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

MARTINS, Josiane de Jesus; SCHIER, Jordelina; ERDMANN, Alacoque Lorenzini e ALBURQUERQUE, Gelson Luiz de. **Políticas públicas de atenção à saúde do idoso**: reflexão acerca da capacitação dos profissionais da saúde para o cuidado com o idoso. *Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.* Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2007. Disponível em <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232007000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 22 set. 2014.

MILNITZKY, Cláudia; SUNG, Florence Sih; PEREIRA, Rodrigo Mendes. **Envelhecimento e políticas públicas**: Conquistas e desafios. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceirosetor/artigos/envelhecimento-e-politicas-publicas-conquistas-e-desafios-dr.-rodrigo-mendes-pereira>>. Acesso em: 08 set. 2013.

OLIVEIRA, Mario Marrathma Lopes de. **Teoria da Reserva do Possível**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13234>. Acesso em 23 set. 2014.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS - OMS. Desafios de uma população em processo de envelhecimento *In*: _____. **Envelhecimento Ativo**: Uma política de saúde. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.prosaude.org/publicacoes/diversos/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**, São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Nayara Formiga dos; e SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **As políticas públicas voltadas aos idosos**: melhoria da qualidade de vida ou reprivatização da velhice. Disponível em: <<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/130/97>>. Acesso em 20 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHEID, Cintia Maria. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário: o Mínimo existencial como parâmetro.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1720.pdf>. Acesso em: 25 set.2014.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: *estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÉGUIN, Elida. Direitos Sociais. *In*: SÉGUIN, Elida (Org.) e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direitos sociais**: Estudos à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Letra da Lei, 2010.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial**: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621>. Acesso em 25 set. 2014.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Reserva do possível X mínimo existencial**: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. *In*: XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte - MG. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: Uma perspectiva de direito economia?. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VILLAS-BOAS, Eduardo da Silva. **Escassez, reserva do possível e razoabilidade de expectativas.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,escassez-reserva-do-possivel-e-razoabilidade-de-expectativas,47850.html>>. Acesso em 24 nov.2014.